

ANÁLISIS COMPARADO DE LA SITUACION DE FLAGRANCIA

Montserrat de Hoyos Sancho

Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza el concepto procesal de flagrancia como situación fáctica que permite la limitación de derechos y libertades fundamentales. Se trata de un estudio de derecho comparado, pues se realiza considerando los ordenamientos chileno, español, alemán, italiano, francés y portugués.

*Concretamente, se pretende definir la flagrancia como circunstancia habilitante de la adopción de una medida cautelar por cualquiera, de la detención, por lo que deberán concurrir en el supuesto concreto las características o presupuestos propios de este tipo de medidas: *fumus commisi delicti*, *periculum libertatis* y *proporcionalidad*.*

La apariencia delictiva, el título de imputación, lo constituye en estos casos el sorprendimiento en flagrancia, es decir, la percepción sensorial directa de la comisión del delito por un tercero, existiendo además inmediatez temporal y personal. El peligro o necesidad de intervención se traduce en impedir que prosiga la lesión del bien jurídico y en aquellas circunstancias que en el caso concreto fundamenten racionalmente la presunción de que el imputado tratará de sustraerse a la justicia. Por último, la medida cautelar que se adopte deberá ser respetuosa con el principio o pauta de proporcionalidad, es decir, apta para alcanzar el fin constitucionalmente previsto, necesaria, la menos gravosa de todas las adecuadas, y estar en una relación razonable con las ventajas que se derivan de la consecución del fin deseado.

I. INTRODUCCIÓN¹

C on el término flagrancia se puede estar haciendo referencia a cuestiones diversas, a situaciones que incluso conforman el presupuesto de diferentes actuaciones; así, entre otras, es la circunstancia fáctica

que permite una detención el uso de armas de fuego, el ejercicio de la legítima defensa o hasta la aplicación de un determinado procedimiento².

¹ Abreviaturas:

CPP: Código procesal penal. Código de procedimiento penal.

LECrim: Ley de enjuiciamiento criminal.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional español.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 2ª, de lo Penal.

StPO: Strafprozessordnung. Ordenanza procesal alemana.

² Tradicionalmente este último ha sido el principal campo de aplicación del concepto de flagrancia, motivo por el cual la mayor parte de las definiciones que históricamente se han elaborado deben ser analizadas a la luz de la función que cumplían: el descubrimiento *in fraganti* permitía la aplicación de determinados procedimientos más simplificados y abreviados. Vid. por todos los trabajos de GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L., "El apellido. Notas sobre el procedimiento *in fraganti* en el Derecho español medieval", *Cuadernos de Historia de España*, Buenos Aires, 1947, pp. 67 y ss., y de SCHMIDT, Eb., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Göttingen, 1965, pp. 81 y ss., acerca del *Handverfahren* antes de la Recepción.

En este trabajo nos ocuparemos del estudio del concepto procesal de flagrancia, ciñéndonos además al análisis de la situación que se exige como previa para poder proceder a la detención de una persona, si bien utilizaremos también en gran medida los razonamientos fraguados en torno a la flagrancia como presupuesto para efectuar la entrada y registro en domicilio, dados los paralelismos con la cuestión que tratamos.

Conviene en todo caso tener bien presente en nuestros razonamientos y conclusiones que nos encontramos ante una circunstancia que, como supuesto de hecho, habilita a diversos sujetos para la limitación de un derecho fundamental –la libertad ambulatoria o la inviolabilidad de domicilio– sin autorización u orden judicial previa. Así pues, al tratarse de una excepción al régimen normal de vigencia de un derecho fundamental, la interpretación que se haga del concepto deberá ser necesariamente restrictiva³.

Sobre este particular, en el recientemente promulgado Código procesal penal chileno⁴, concretamente en su artículo 130 y en el marco del Título V acerca de las medidas cautelares personales, puede leerse lo siguiente:

“Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

- a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
- b) El que acabare de cometerlo;
- c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;

³ A diferencia de lo que podía ocurrir, por ejemplo, en el ordenamiento español bajo una legislación ya derogada, antiguo art. 779 LECrim, en la cual el concepto de flagrancia se definía en la ley en orden a determinar el procedimiento a seguir, más simplificado y abreviado; para tal fin este concepto podía ser objeto de una interpretación más amplia. Vid. STS 29-3-90; y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P., *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, 1992, pp. 176 y 177, MATÍAS PORTILLA, F. J., *El derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio*, Madrid, 1997, pp. 344 y ss.

⁴ Ley N° 19.696, publicada en el Diario Oficial de 12-10-2000.

- d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y
- e) El que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto, que reclamaren auxilio, señalaren como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse”⁵.

Este tenor no difiere apenas del que se recoge en el CPP chileno anterior, en su artículo 263.

En el ordenamiento español no se contiene actualmente una definición de flagrancia, si bien el anterior artículo 779 LECrim “a los efectos meramente procesales de determinar el ámbito de aplicación de un procedimiento especial más rápido y menos formalista que el ordinario” –STS 29-3-90–, la describía de la siguiente manera:

“Se considerará delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos.

Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuera cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la

⁵ Además, el propio constituyente chileno, consciente de la trascendencia que este tipo de actuaciones tiene sobre la vigencia y respeto de uno de los derechos y libertades básicas, plasmó expresamente en el texto de la Constitución Política de la República lo siguiente: art. 19: “La Constitución asegura a todas las personas: (...) 7°: El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: (...) e) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes”.

persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente “in fraganti” aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehementemente de su participación en él”.

Lógicamente, debido a tal carencia, la jurisprudencia del TS o del mismo TC han ido acotando el concepto en los términos que exponemos en este trabajo.

Teniendo presentes estas definiciones y, entre otras, las que se manejan en los ordenamientos alemán, italiano, francés y portugués, trataremos en este trabajo de añadir algo de claridad sobre una actuación no siempre bien entendida por todos: la detención en flagrancia.

II. DETENCIÓN DE FLAGRANCIA

Conviene delimitar con la mayor precisión cuándo efectivamente puede “cualquiera” –art. 129 CPP chileno– practicar una detención en flagrancia; puesto que nos encontramos ante una medida cautelar personal⁶, deberán concurrir en el caso concreto los presupuestos propios de la misma: *fumus commissi delicti*, *periculum in mora* y proporcionalidad.

II.1. *Fumus commissi delicti*

Se prefiere el empleo de la expresión *fumus commissi delicti*⁷ a la más habitual *fumus boni iuris*; como es sabido, esta última fue elaborada en el ámbito del derecho procesal

civil y resulta de difícil encaje en el ámbito procesal penal.

Tratando aquí de sintetizar las diversas definiciones que la doctrina ha elaborado sobre lo que haya de ser este presupuesto de la medida cautelar personal⁸, podemos decir que supone la razonada atribución de un hecho punible a una persona determinada. Dicho de otro modo, para poder detener a alguien es preciso que exista una imputación previa.

Ahora bien, como la detención en los supuestos que analizamos –arts. 129 y 130 CPP chileno– no va precedida de una imputación judicial, el legislador exige la evidente participación de una persona en un hecho punible, que necesariamente deberá ser apreciada por el que detiene, constituyendo el título de imputación el sorprendimiento en flagrancia, es decir, la percepción sensorial directa de la comisión del delito por un tercero, existiendo además inmediatez temporal y personal. Veamos cada uno de estos extremos con algo más de detalle.

II.1.1. Percepción sensorial directa por terceros de la comisión de un hecho presuntamente delictivo

Las ideas de descubrimiento, sorpresa y percepción sensorial del hecho delictivo deben ocupar y han ocupado siempre un primer plano en la noción de delito flagrante⁹, pues

⁸ Vid. por todos GIMENO SENDA, V., *Derecho procesal. Proceso penal*. Valencia, 1993, pp. 336 y ss., del mismo autor, *El proceso de habeas corpus*, Madrid, 1985, p. 32, y ORTELLS RAMOS, M., “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo, 1978, N° 5, pp. 439 y ss., esp. p. 472.

⁹ Se puede comprobar en CARNELUTTI, F., *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, 1947, p. 62; AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, V, Madrid, 1922, p. 672; JIMÉNEZ ASENJO, E., “Delito flagrante”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1955, p. 582; FILIPPI, L., *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, 1990, p. 281; SCHUBERT, P., *Die vorläufige Festnahme*, Dissertation, Frankfurt a. M., 1968, p. 62 y ss.; ALBRECHT, J., *Das Festnahmerecht jedermanns nach par. 127 StPO*, Dissertation, Kiel, 1970, pp. 10 a 65.

⁶ Un análisis detallado de esta medida cautelar puede encontrarse en HOYOS SANCHO, M. de, *La detención por delito*, Pamplona, 1998, *passim*.

⁷ Expresión atribuida a GUARINIELLO, R., “La discrezionalità del giudice in tema di cattura e di libertà provvisoria”, *Rivista italiana di Diritto processuale*, 1966, p. 523. Por su parte, BANACLOCHE PALAO propone el empleo de la expresión *fumus delicti tributi* –indicios de la atribución de un delito–; vid. *La libertad personal y sus limitaciones*, Madrid, 1965, p. 288, nota 25.

si bien todo hecho delictivo pasa por una fase de ejecución, sólo podrá ser detenido el delincuente *in fraganti* si un tercero percibe a través de los sentidos, descubre, que esa persona está cometiendo o acaba de cometer un hecho delictivo. Así pues, el simple conocimiento fundado que lleva a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer un delito no es necesariamente una percepción evidente, y va por ende más allá de aquello que es esencial o nuclear en la situación de flagrancia; las meras conjeturas o sospechas no bastan para configurar una situación de flagrancia¹⁰. Así, evidencia del delito no es lo mismo que flagrancia, sus significados no coinciden¹¹; la flagrancia es, podemos decir, una de las modalidades de la evidencia, una de las vías que conducen a la certeza de un dato cualquiera. Sólo habrá flagrancia si el conocimiento fundado que conduce a la certidumbre es resultado de la percepción sensorial directa e inmediata del hecho delictivo que se está cometiendo o se acaba de cometer, no siendo por tanto bastantes las presunciones o sospechas, por mucho que indiquen la probable comisión de un delito.

En resumen, no podemos confundir la apreciación de un delito flagrante como supuesto en que el legislador permite practicar una detención, o una entrada y registro domiciliario, con lo que no es más que una *notitia criminis*, un simple conocimiento o dato que permite creer, incluso racionalmente, que existe un delito¹². Debemos tener presente que la detención

por existir motivos o indicios racionalmente bastantes para creer que una persona ha cometido un hecho delictivo sólo se permite a las autoridades, no a los particulares.

Por lo que respecta a la concepción de esta circunstancia en los principales ordenamientos de nuestro entorno jurídico, podemos constatar las siguientes referencias a la necesaria percepción sensorial directa:

Los juristas alemanes, a la hora de interpretar el parágrafo 127 I StPO, precepto que permite a cualquiera la detención del sorprendido en flagrancia –“auf frischer Tat betroffen oder verfolgt”, sorprendido o perseguido en flagrancia–, destacan la acción de sorprender o descubrir –*antreffen, betreffen, entdecken*– al autor y la necesidad de que exista una apreciación o percepción a través de los sentidos –*wahrnehmen, bemerken*– de la comisión del hecho delictivo¹³.

Respecto al ordenamiento italiano, CORDERO¹⁴ indica que para considerar un delito flagrante no basta con que se esté cometiendo actualmente, art. 237.1º CP de 1930, pues lo serían todos en el momento en que se ejecutan; lo decisivo es la percepción de la comisión del mismo por un tercero. SANTORO¹⁵ por su parte explica de forma muy gráfica la distinción: un cadáver del que fluye sangre o una casa que se incendia no son situación de flagrancia, sólo lo será si un sujeto es sor-

¹⁰ Este aspecto de la flagrancia fue objeto de especial consideración en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, con motivo del análisis de la constitucionalidad del art. 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Cfr. con la STC 94/1996, de 28 de mayo.

¹¹ Vid. el trabajo de FAIREN GUILLÉN, V., “Algunas ideas básicas sobre la flagrancia y la evidencia”, *Comentarios a la legislación penal*, T. XV, vol. 1º, Madrid, 1994, pp. 233 y ss.

¹² Vid. más ampliamente, HOYOS SANCHO, M. de, *La detención por delito*, op. cit., pp. 84 y ss. Esta misma línea es la seguida por la jurisprudencia más reciente del TS español en el tratamiento de la situación de flagrancia; vid. STS 19-5-99 y

anteriormente STS 29-3-90, en la que, también con motivo de determinar qué es delito flagrante a efectos de practicar la entrada y registro en un domicilio, se destaca por la Sala 2ª la necesidad de “sorprender al delincuente cuando está cometiendo el delito o inmediatamente después en relación tal con el objeto o los efectos utilizados en su realización que ello sea una prueba de la existencia del delito y de la intervención del delincuente en el mismo”.

¹³ Vid. más ampliamente, ALBRECHT, J., *Das Festnahmerecht jedermanns...*, op. cit., pp. 139 y ss.; SCHUBERT, P., *Die vorläufige Festnahme...*, op. cit., p. 45; MEINCKE, J.P., *Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat als Voraussetzung der vorläufigen Festnahme nach par. 127 StPO*, Dissertation, Hamburg, 1963, pp. 2 y ss. y pp. 53 y ss.

¹⁴ *Procedura penale*, Milano, 1993, esp. p. 457, 3ª ed., Milano, 1995, p. 465.

¹⁵ “Fragranza di reato”, *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1961, p. 405.

prendido en la comisión del delito. El actual artículo 382 del CPP italiano sí hace alusión al acto de sorprender: “*chi viene colto nell’atto di commettere il reato...*”.

A diferencia de las legislaciones precedentes, en el artículo 53 del CPP francés no se encuentra referencia alguna a la percepción por un tercero de la comisión actual del delito: “Est qualifié crime ou délit flagrant, le crime ou délit que se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, dans le temps très voisin de l’action, la personne soupçonnée présente des traces ou indices laissant penser qu’elle a participé au crime ou au délit”. Lo mismo sucede en el artículo 256 CPP portugués: 1. “É flagrante delito todo crime que se está cometendo ou se acabou de cometer”.

En la definición de flagrancia del CPP chileno de 2000, y del anterior CPP, no se encuentra referencia expresa a la necesaria percepción sensorial directa por terceros de la presunta comisión de un hecho delictivo; sin embargo, como venimos reiterando, lo decisivo para constatar una comisión flagrante no es que una persona “actualmente se encuentre cometiendo el delito” –art. 130 a) CPP- o que “acabare de cometerlo” –art. 130 b) CPP–, ya que todos los hechos delictivos se están cometiendo o se acaban de cometer en algún momento, pudiendo sólo ser flagrantes si un tercero percibe tal perpetración directamente a través de los sentidos. En el del apartado d) de este artículo 130, relativo al tiempo inmediatamente posterior a la perpetración, sí se emplea la expresión “*fuere encontrado*” con objetos, señales, armas o instrumentos. A su vez, en el artículo 125 CPP, al hablar en general de la procedencia de la detención sí se alude expresamente a la persona “que fuere sorprendida en delito flagrante”. En el artículo 134, al tratar la citación en casos de flagrancia, también se emplea la expresión “*sorprendido* por la policía in fraganti”, igual que en el artículo 129: “Cualquier persona podrá detener a quien *sorprendiere* en delito flagrante”. Igualmente, en el artículo 19 de la Constitución Política de la República se puede leer: “podrá ser detenido el que fuere *sorprendido* en delito flagrante”.

II.1.2. Inmediatez temporal

Para que cualquier persona pueda practicar una detención por concurrir una situación de flagrancia es necesario por tanto que haya apreciado a través de los sentidos la comisión de un delito, bien la totalidad o una parte del proceso de ejecución del acto, o al menos la producción ya consumada de un delito que tuvo lugar instantes antes, siempre y cuando en este caso exista conexión material directa e inmediata –huellas, instrumentos– entre el hecho producido y la persona o personas a quienes se imputa su comisión, de tal forma que tales circunstancias evidencien su participación en el hecho punible. Por tanto, no es imprescindible que el tercero que va a practicar la detención haya percibido al menos una parte de la ejecución del delito, pues flagrancia y consumación no coinciden temporalmente; la flagrancia implica el sorprendimiento del sujeto durante o inmediatamente después de la perpetración del delito.

Resulta decisivo que el espacio de tiempo transcurrido entre la consumación del delito y el descubrimiento de la comisión sea muy corto –*post factum immediato*–, ya que de esta manera no habrá dudas en cuanto a la atribución de los hechos a la persona que se encuentra directamente relacionada con los mismos. Si hubiera transcurrido el tiempo suficiente como para hacer imposible la percepción a través de los sentidos de la indudable vinculación del autor con los hechos acaecidos, el descubridor del delito deberá conformarse con ponerlo en conocimiento de la autoridad, pues sólo existirán indicios de la comisión de un hecho delictivo, una sospecha vehementemente todo lo más, circunstancias que no permiten a un particular practicar una detención.

De lo antedicho se puede concluir que la detención en flagrancia no sólo sirve a la necesidad de evitar que prosiga la lesión del bien jurídico, ya que es posible efectuarla también cuando se ha consumado el delito.

Otras leyes procesales penales vigentes contienen las siguientes circunstancias en relación con la exigencia de inmediatez temporal:

En Alemania se admite también la posibilidad de efectuar la detención en flagrancia cuando se ha sorprendido al autor poco después de la ejecución del hecho delictivo –*kurz nach der Tatbegehung*¹⁶–. En el párrafo 116 del proyecto de StPO, actual 127, contenía la expresión “*auf frischer Tat oder unmittelbar nachher*” –en flagrancia o inmediatamente después–. Para concordar este párrafo con el 104 StPO, relativo al registro domiciliario, se suprimió la referencia al “tiempo inmediatamente posterior” a la realización del hecho, si bien se dijo expresamente que esta supresión era sólo un cambio de redacción, y no un cambio en el pretendido contenido del precepto¹⁷.

En el CPP italiano se destaca igualmente la inmediatez temporal insita en el “*stato di flagrancia*”, exigiéndose en el art. 382.1 que el sorprendimiento del autor haya tenido lugar “*subito dopo il reato*” –inmediatamente después del delito– y que haya sido perseguido por la Policía judicial, por el ofendido por el delito o por otras personas, o bien que haya sido sorprendido con cosas o vestigios de los cuales se deduzca que ha cometido el delito inmediatamente antes –“*immediatamente prima*”–¹⁸. Como destaca Santoro, no es por tanto flagrante el descubrimiento que no ponga de manifiesto la inescindible relación del sujeto con el hecho aparentemente delictivo¹⁹.

¹⁶ Vid. LÖWE-ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar*, 24ª ed., Berlin, 1989, párrafo 127, N° marg. 11 y ss.; MEINCKE, J.P., *Betreffen oder Verfolgen...*, op. cit., pp. 53 y ss.; PETERS, K., *Strafprozess*, 4ª ed., Heidelberg, 1985, pp. 437 y 438. También SCHUBERT coloca el límite de la situación de flagrancia en “*bis spätestens zur Beendigung der Tat*”, *Die vorläufige Festnahme...*, op. cit., pp. 43 y ss.

¹⁷ ALBRECHT, J., *Das Festnahmerecht jedermanns...*, op. cit., pp. 130 y ss.

¹⁸ Art. 382.1 CPP italiano: “E in stato di flagrancia chi viene colto nell’atto di commettere il reato ovvero chi, subito dopo il reato è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima”.

¹⁹ “*Flagrancia di reato*”, op. cit., p. 405.

En el artículo 53 del CPP francés se estatuye que “es crimen o delito flagrante el que se comete actualmente o se acaba de cometer”. También es flagrante si “*dans un temps très voisin de l’action*” –en un momento muy cercano a la acción– “el sospechoso es perseguido por el clamor popular o es hallado en posesión de objetos, vestigios o indicios que hacen pensar que ha participado en un crimen o delito”.

De forma semejante se puede leer en el artículo 256.2 CPP portugués que “se reputa también flagrante delito el caso en que el autor es *logo após o crime* –inmediatamente después del delito– perseguido por cualquier persona o encontrado con objetos o vestigios que muestren claramente que acaba de cometer un delito o de participar en él”.

El artículo 130 CPP chileno hace igualmente referencia a la posible detención en flagrancia del que “*acabare de cometerlo*”, del que “huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice”, del que “en un *tiempo inmediato a la perpetración* de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo” o del que “las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto, que reclamaren auxilio, señalaren como autor o cómplice de un delito que *acabare de cometerse*”.

Hemos de insistir al finalizar este apartado en que para considerar un delito como todavía flagrante éste debe haberse cometido instantes antes, en un momento inmediatamente anterior, y ser aún posible la percepción a través de los sentidos de la indudable vinculación del autor con los hechos acaecidos.

II.1.3. Inmediatez personal o espacial

El hecho de que para poder detener a un delincuente en flagrancia se exija que al producirse el sorprendimiento éste se encuentre en el lugar de comisión del delito o en sus

inmediaciones, en situación tal respecto al objeto o a los instrumentos del mismo que ello ofrezca una prueba *prima facie* de su participación en el hecho delictivo, es de alguna manera la consecuencia lógica de lo expuesto en los dos apartados precedentes: si se ha sorprendido a una persona en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito, necesariamente el presunto autor debe encontrarse en las proximidades del lugar de comisión del delito y en una relación tal con el objeto e instrumentos utilizados que evidencien su participación en el mismo²⁰.

No se considera incompatible con la exigencia de inmediatez personal, y así es generalmente admitido también como supuesto de detención en flagrancia, el hecho de que la aprehensión material del autor se produzca después de una persecución iniciada inmediatamente a continuación de apreciarse la comisión del hecho delictivo, incluso estando ya lejos del lugar de los hechos y transcurrido un tiempo desde el descubrimiento de la comisión²¹. En todo caso, la persecución del sorprendido en flagrancia debe haberse iniciado inmediatamente después del descubrimiento de la comisión del delito, estando el delincuente aún en las proximidades; es decir, no puede haber ninguna duda sobre la atribución del hecho delictivo a la persona del perseguido. Bajo otro tipo de circunstancias, si el que pretende detener es un particular, no podrá más que notificar el hecho a la autoridad, pues ya no sería posible una detención dentro del margen de la flagrancia delictiva.

²⁰ La inmediatez personal es otro de los requisitos que la jurisprudencia del TS español viene exigiendo para calificar un delito de flagrante; vid. por todas las STS 29-3-90, 19-5-99 ó 7-3-2000.

²¹ Esta acepción de la flagrancia encontró también plasmación en el anterior art. 779 LECrim: "Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuera cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durara o no se suspendiera mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen".

De nuevo se pone de manifiesto la función cautelar de este tipo de detención pues, como cuando se detiene en el lugar de comisión del delito una vez consumado éste, lo que se pretende al detener al presunto delincuente que huye no es propiamente evitar que continúe la comisión, sino más bien impedir que el autor de los hechos delictivos huya y por ende que no comparezca ante las autoridades encargadas de la persecución penal.

En Alemania, Italia, Portugal o Francia no se exige expresamente en las leyes procesales penales la inmediatez personal, pero podría deducirse tal exigencia de la necesaria inmediatez temporal del descubrimiento, que sí se requiere expresamente en los artículos 127 I, 382, 256.2 y 52 de los respectivos códigos de procedimiento.

En el ordenamiento chileno, el art. 130 CPP permite la detención en flagrancia del que "huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice", del que "en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo", y de aquel al "que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto, que reclamaren auxilio, señalaren como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse". Podemos deducir igualmente de estas circunstancias fácticas que implican una inmediatez temporal, que necesariamente el presunto autor debe encontrarse al menos en las proximidades del lugar de comisión del delito y en una relación tal con el objeto e instrumentos utilizados que permiten evidenciar su participación en el mismo.

En cuanto a la posibilidad de establecer un límite temporal a la persecución en flagrancia, ésta es rechazada expresamente por la mayoría de la doctrina alemana que se ha ocupado del tema, entendiéndose que una vez iniciada la persecución inmediatamente después de descubrir la comisión del delito, la misma puede durar indefinidamente hasta lograr la detención del

autor de los hechos, siempre y cuando no se interrumpa. Así, por ejemplo, Schubert afirma que la persecución y detención en flagrancia serán posibles hasta que se produzca el *Zurruhekommen* –apaciguamiento–²². Por el contrario, Meincke²³ considera que la facultad de detener en flagrancia ha de durar un máximo de veinticuatro horas, incluso aunque la persecución prosiguiera. En este mismo sentido se está legislando recientemente, y por ejemplo en el nuevo Código de Instrucción Criminal Nicaragüense, 2-5-2000, puede leerse lo siguiente: art. 85: “Se entenderá *delincuente infraganti* el que fuere hallado en el acto mismo de estar perpetrando el delito o de acabar de cometerlo, o fuere perseguido por el clamor público como autor o cómplice del delito o se le sorprendiere con las armas, instrumentos, efectos o papeles que hicieren presumir ser tal. Pero *no se tendrá por infraganti, si hubieren pasado veinticuatro horas desde la perpetración del delito*”.

II.2. *Periculum libertatis* o necesidad de intervención

Este presupuesto de la adopción de una medida cautelar en el proceso penal se concreta en el caso que nos ocupa en el peligro de fuga o de ocultación personal del imputado, y es ya clásica su cuantificación en virtud de la gravedad del hecho delictivo cometido y por las circunstancias personales y sociales del imputado, de tal forma que una apreciación conjunta de estos datos pueda hacer presumir racionalmente que el imputado tratará de sustraerse a la acción de la justicia.

Sin embargo, si nos fijamos en la escasa regulación que de la detención en flagrancia se contiene por ejemplo en el art. 490. 2º LECrim –“Cualquier persona puede detener: 2º. Al delincuente in fraganti”– o en el art.129

CPP chileno²⁴ –“cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante”–, hemos de llegar a la conclusión de que no siempre que se sorprenda a un delincuente *in fraganti* va a existir necesariamente peligro de fuga o de ocultamiento, pues no se exige como presupuesto de estas detenciones la comisión de un delito de especial gravedad, ni tampoco que de las circunstancias del hecho o del presunto delincuente se derive un peligro que pueda frustrar la presencia del imputado ante las autoridades encargadas de la persecución de los delitos, o en general la actuación de los órganos jurisdiccionales. Por todo ello, y para preservar la naturaleza cautelar de la detención efectuada por los particulares, es necesario en aplicación de la teoría general de las medidas cautelares exigir la presencia de dicho *periculum* para poder proceder a la detención²⁵.

Por otro lado, y en esta misma línea argumental, al ser la flagrancia un presupuesto fáctico que permite la limitación de derechos fundamentales sin el previo mandamiento judicial, la jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional²⁶ de España viene exigiendo expresamente que exista una “necesidad urgente” de intervenir para evitar que se propague o se cause un mal inminente. Aplicado al supuesto que nos ocupa, esto conlleva que ha de ser necesario, además de eventualmente impedir que prosiga la lesión de un bien jurídico, evitar la fuga u ocultación en el

²⁴ El CPP chileno anterior era algo menos escueto en este punto: art. 254: “La detención podrá verificarse: 4º Por cualquier persona, cuando se trate de un delincuente sorprendido in fraganti, para el solo efecto de conducirlo ella misma o por medio de la policía, ante el juez competente”. Vid. también los artículos 260 1º y 261 del citado CPP.

²⁵ Insiste por ejemplo ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*, Valencia, 1991, pp. 447 y ss., en que aunque la norma no establezca expresamente un presupuesto de *periculum*, en todo caso deberá existir, pues es la propia *ratio* de la norma que permite adoptarlas.

²⁶ Por todas, vid. la STS 29-3-90 y en semejantes términos la STC 341/1993, de 18 de noviembre.

²² *Die vorläufige Festnahme...*, *op. cit.*, p. 46. Vid. también en el mismo sentido, WENDISCH, en LÖWE-ROSENBERG, *StPO*, *op. cit.*, parágrafo 127, Nº marg. 14 y ss., y ALBRECHT, *Das Festnahmerecht...*, *op. cit.*, pp. 133 y ss.

²³ *Betreffen oder Verfolgen...*, *op. cit.*, p. 23.

caso de que ya se haya consumado o interrumpido el hecho delictivo²⁷.

A diferencia de la regulación establecida, por ejemplo, en los ordenamientos español y chileno, en el alemán, italiano o francés sí se requiere, al margen de las detenciones por concurrir una situación de estado de necesidad o de legítima defensa, la presencia de otras circunstancias al lado de la flagrancia para que un particular pueda detener. Resumiremos a continuación en qué términos.

El parágrafo 127 StPO exige expresamente para poder detener que recaiga sobre el sorprendido o perseguido en flagrancia la sospecha de que intentará la fuga –“*Flucht verdächtig*”²⁸– o que su identidad no pueda ser determinada inmediatamente –“*seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann*”²⁹.

Los artículos 380 y 383 del CPP italiano establecen que para que el particular pueda de-

tener, además de la situación de flagrancia, debe tratarse de la comisión de uno de los delitos perseguibles de oficio a que se refiere el artículo 380. En estos supuestos la gravedad de los hechos delictivos y/o de las penas que llevan aparejadas puede hacer presuponer la intención del sujeto de eludir la acción de la justicia.

De forma semejante, en Francia el artículo 73 CPP exige la concurrencia de la situación de flagrancia y que se trate de la comisión de un delito que lleva aparejada pena de prisión. Igualmente, tal circunstancia puede hacer presumir que existe un *periculum libertatis* si no se procede a la inmediata detención del presunto autor de los hechos.

Más allá de lo anteriormente expuesto, es preciso insistir aquí en la idea de subsidiariedad que informa la actuación de los particulares especialmente en estos casos de detención en flagrancia, pues al margen de los supuestos en que su intervención impide que prosiga la lesión del bien jurídico, sólo podrán proceder a la detención si no les es posible previamente dar parte de lo ocurrido a las autoridades encargadas de la persecución de los delitos sin que se ponga en peligro la necesaria presencia de la persona del imputado ante éstas³⁰.

Por último, será importante considerar también en el caso concreto las peculiaridades del tipo de delito³¹ ante el que nos encon-

²⁷ También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado reiteradamente acerca de la necesidad de que concurra en la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares personales el *periculum libertatis*. Vid. por todas las siguientes SSTEDH: Lawless, 1-6-61, Kemmache, 27-11-91 y P.B. contra Francia, 1-8-2000, y más ampliamente mi trabajo HOYOS SANCHO, M., DE, “El derecho a la libertad y a la seguridad en la jurisprudencia del TEDH: el detenido en el Convenio europeo de derechos humanos”, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, V-2000, pp. 227 y ss., así como el comentario de FROWEIN / PEUKERT al art. 5 CEDH: *Europäische Menschen Rechts Konvention*, 20 ed., Kehl, Strassburg, Arlington, 1996.

²⁸ Algunos autores alemanes plantean una objeción a la formulación del parágrafo 127.I, pues entienden que la literalidad del precepto es poco precisa y no muy exigente respecto al *periculum* que supone la posibilidad de que el autor de los hechos se fugue. Consideran que se debería exigir un auténtico peligro de fuga –*Fluchtgefahr*– y no solamente una sospecha de que intentará sustraerse a la acción de la justicia –*Flucht verdächtig*–

²⁹ Vid. más ampliamente, por todos, ALBRECHT, J., *Das Festnahmerecht jedermanns...*, op. cit., pp. 148 y ss. Acerca de la reforma de la detención en flagrancia practicada por la policía o por el Ministerio fiscal, Ley de Reforma de la StPO de 17-7-97, parágrafo 127 b), HELLMAN, U., “Die Hauptverhandlungshaft gem. par. 127 b) StPO”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, vol. 33, pp. 2145 y ss., esp. p. 2149.

³⁰ Tengamos presente además la consideración de particulares que a estos efectos tiene el personal de las empresas de seguridad privada. En el ordenamiento español las empresas y personal de la seguridad privada tienen la obligación especial de colaborar y auxiliar a las fuerzas y cuerpos de seguridad públicas en el ejercicio de sus funciones; la regulación de estos extremos se contiene en la Ley 23/1992, de Seguridad privada, y en el Reglamento 2364/1994. Un estudio más amplio de las detenciones que pueden practicar estos particulares puede encontrarse en HOYOS SANCHO, M., DE, *La detención por delito*, op. cit., pp. 71 y ss.

³¹ Sí aluden a la flagrancia en los delitos permanentes los CPP portugués e italiano. Respectivamente puede leerse: art. 256.3: “Em caso de crime permanente, o estado de flagrante delito só persiste em quanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar”; art. 382.2: “Nel reato permanente lo stato di flagranza dura fino a quando non é cessata la permanenza”.

tramos, pues, por ejemplo, en los casos de tenencia ilícita de drogas o armas, la flagrancia existe cuando un tercero percibe que una persona tiene a su disposición el objeto prohibido; sin embargo, normalmente no va a ser necesaria una intervención urgente del particular. Sólo se debe permitir la detención en flagrancia en la medida en que la lesión de un bien jurídico sea actual o inminente, de especial gravedad y cuando se tema fundadamente que el imputado va a intentar fugarse u ocultarse.

II.3. Proporcionalidad

Si bien es una condición necesaria, no es suficiente que exista una base legal para poder invadir la esfera correspondiente a la libertad individual del imputado. Tampoco resulta bastante para poder acordar una medida cautelar privativa de libertad como es la detención la presencia en el caso concreto de un *fumus commisi delicti* y del *periculum libertatis*. Es preciso por tanto dar un paso más en el análisis de los presupuestos necesarios para la adopción de la medida cautelar personal y afirmar que la norma que permite tal intromisión deberá ser interpretada y aplicada a través del prisma del principio de proporcionalidad³² y, en todo caso, siempre de forma restrictiva.

³² Un análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad a este tipo de actuaciones puede verse en ALBRECHT, J., *Das Festnahmerecht jedermanns...*, op. cit., pp. 157 y ss., DEGENER, W., *Grundsatz der Verhältnismässigkeit und strafprozessuale Zwangsmassnahmen*, Berlin, 1985, pp. 47 y ss., y HOYOS SANCHO, M. de, *La detención por delito*, op. cit., pp. 61 y ss. y 93 y ss. En general acerca de este principio procesal, vid. PEDRAZ PENALVA, E., "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del TC y literatura especializada alemanas", *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, pp. 345 y ss., y *Derecho procesal penal, Tomo I. Principios del proceso penal*, Madrid, 2000, pp. 135 y ss. El TEDH también ha jugado un papel importante en la actual configuración del principio de proporcionalidad; de especial interés resultan las SSTEDH Neumeister, 27-6-68, Golder, 21-2-75, Handyside,

El CPP chileno, si bien no utiliza expresamente el término "proporcionalidad", contiene ya este principio en el art. 122 CPP: "Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación".

Resumidamente, aplicado a esta actuación procesal, tal principio supone que la medida coercitiva que se adopte ha de ser, en primer lugar, adecuada o apta para alcanzar el objetivo constitucionalmente prefijado; en segundo lugar, la medida debe ser necesaria, de tal forma que el fin pretendido no pueda ser cumplido a través de un medio menos gravoso para el sujeto pasivo de la misma; además, la carga que se impone a su destinatario ha de estar en razonable relación con las ventajas que se derivan por la consecución del fin deseado. Además, la pauta de proporcionalidad opera en dos momentos o ámbitos distintos: por una parte, al determinar si procede practicar la detención y, por otra, en lo relativo a los medios a emplear para efectuar la misma³³.

Es indudable que la privación de libertad del delincuente sorprendido en flagrancia es una medida apta para evitar que prosiga el hecho delictivo y para lograr su presencia ante las autoridades a los fines de la persecución penal; lo que ya no está tan claro es que esta sea la medida menos gravosa de todas las que se pueden adoptar para conseguir estas finalidades. Así, por ejemplo, la StPO alemana recoge la posibilidad de evitar la detención en flagrancia, una vez interrumpido o consu-

7-12-76, The Sunday Times, 24-4-79 u Olsson, 24-3-88, así como los siguientes trabajos: EISSEN, M-A, "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Boston, London, 1993, YOUROW, H., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, The Hague, 1996, y HOYOS SANCHO, M., de, "El derecho a la libertad y a la seguridad...", op. cit., esp. pp. 234 y ss.

³³ Con claridad resume NAUCKE que este principio de proporcionalidad es aplicable al decidir el "sí" y el "cómo". "Das Strafprozessänderungsgesetz und die vorläufige Verhaftung (par. 127 StPO)", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, p. 23.

mado el delito –parágrafo 127 I³⁴– si se conoce la identidad del imputado y no hay sospechas fundadas de que intentará fugarse u ocultarse³⁵. A la vista de esta alternativa en un ordenamiento de nuestro entorno, sería deseable la posibilidad de que el particular pudiera tomar nota del nombre y dirección del imputado si, considerando la entidad del hecho y las circunstancias personales y sociales de autor, no se teme razonablemente que no comparecerá cuando sea citado ante la autoridad encargada de la persecución de los delitos.

Respecto a si se cumple siempre la exigencia de que exista una relación razonable entre la medida utilizada y el fin pretendido, más concretamente entre los presupuestos del *fumus commisi delicti*, el *periculum libertatis* y el interés jurídico-constitucional que se trata de salvaguardar, hay que decir que no en todos los supuestos. Al margen de los casos en que la detención evita que prosiga el delito, tal y como se plantea la detención en flagrancia por ejemplo en la LECrim española –sólo se limita la detención por faltas, art. 495 LECrim–, lo cierto es que no se exige en todos los ordenamientos que se haya sorprendido al presunto autor del hecho cometiendo un delito de cierta importancia³⁶, lo cual habría de derivarse en todo caso directamente

de la indiscutible vigencia del principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas cautelares. Tampoco se aprecia en todos los supuestos una relación adecuada entre el fin de asegurar la puesta a disposición de las autoridades y la entidad del *periculum libertatis* que debe concurrir en el caso concreto, pues no siempre éste estará presente cuando se cometa un delito, y menos si no se requiere que se trate de unos hechos con determinada gravedad. De nuevo, la necesidad de que exista un peligro de fuga bastante ha de extraerse de la aplicación directa del principio de proporcionalidad a las restricciones de los derechos fundamentales, aunque no conste expresamente en la ley³⁷.

Por tanto, la pauta de proporcionalidad debe hacer posible que en el caso concreto se adopte la medida cautelar de la detención por ser la más adecuada para lograr el fin constitucionalmente pretendido, es decir, evitar la lesión del bien jurídico y asegurar la presencia del imputado ante las autoridades encargadas de la persecución penal, por ser en ese supuesto la que restrinja en menor medida los derechos del sujeto pasivo, y por estar sus presupuestos en razonable relación con la finalidad deseada. En conclusión, siempre que la detención sea acordada al margen de la pauta de proporcionalidad, carecerá de justificación razonable, será incompatible con la presunción de inocencia³⁸ y dejará de ser propiamente una medida cautelar, pasando a tener carácter punitivo en cuanto al exceso.

³⁴ “Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen.”.

³⁵ Expresamente indica ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, 24ª ed., München, 1995, p. 215, que en virtud del principio de proporcionalidad es preferible a la detención, siempre que no exista peligro de fuga, la identificación del autor a través de su documento de identificación personal, por ser éste un medio menos incisivo.

³⁶ Lo que sí sucede en Europa en los ordenamientos francés, art. 73 CPP, o italiano, arts. 380 y 383 CPP, expresamente. También el CPP chileno, en su art. 124, excluye la posibilidad de que se ordenen medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, salvo la citación o el arresto por falta de comparecencia, “cuando la imputación se refiriere a faltas, o a delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, o bien cuando éstas no excedieren las de presidio o reclusión menores en su grado mínimo”; vid. también lo dispuesto en el art. 134 de este mismo CPP.

³⁷ Destaca HENKEL, H., *Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1968, pp. 275 y 286, que cuando el legislador establece los presupuestos de las medidas aseguradoras del proceso –*Verfahrenssichernde Massnahmen*–, deberá realizar una ponderación entre los medios usados y los fines a alcanzar. Sin embargo, como la solución más adecuada depende en gran medida de las peculiaridades del caso concreto, a los intervinientes en el proceso les incumbe también, aun cuando no se indique expresamente en la ley, un examen adicional acerca de si la medida está justificada en cuanto a la relación medios-fines.

³⁸ Sobre este principio procesal vid. por todos el trabajo de ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979. Especialmente en las páginas 31 y ss. se dedica el autor al análisis de la presunción de inocencia en relación con la tutela cautelar.